

Transnationaler Verfassungspluralismus: Neun Variationen über ein Thema von *David Sciulli*

Gunther Teubner*

Abstract	661
I. Exposition: Konstitutionalisierung jenseits des Nationalstaats	662
II. Thema: <i>David Sciulli</i>	665
III. Erste Variationenreihe: Extensionen	666
1. Variation I. Der lange Arm der Staatsverfassung	666
2. Variation II. Expansion des Politischen	669
3. Variation III. Rational Choice Everywhere	671
4. Variation IV. <i>Summum ius</i>	672
IV. Zweite Variationenreihe: Globalverfassung	674
1. Variation V. Holistische Gesellschaftsverfassung	674
2. Variation VI. Verfassung als kollektive Imagination	676
V. Schlussteil: <i>Unitas multiplex</i>	677
1. Variation VII. Meta-Verfassung	678
2. Variation VIII. Nomos und Narrativ	681
3. Variation IX. Selbstsubversive Kommunikation	683

Abstract

Der transnationale Verfassungspluralismus distanziert sich von den Verengungen des Konstitutionalismus auf den Nationalstaat und fokussiert gesellschaftliche Verfassungen im nationalen und transnationalen Raum. Doch sind besonders die Subjekte nicht-staatlicher transnationaler Verfassungen, ihr Ursprung, ihre Legitimation, ihre Reichweite und ihre inneren Strukturen aktuell Gegenstand einer vielstimmigen Kontroverse. Der Beitrag versteht die Kontroverse als "Thema mit Variationen" und stellt folgende Leitfragen an die zahlreichen Variationen: Was ist in der einzelnen Variation das jeweilige "Kompositionsprinzip"? Welche Schwierigkeiten zeigen sich in dessen "Durchführung"? Welches sind seine aufhebenswerten "Motive"? In diesem Sinne wird zunächst das von *David Sciulli* vorgegebene Thema des gesellschaftlichen Konstitutionalismus kurz vorgestellt. Dann werden sechs Variationen in zwei unterschiedlichen Variationsreihen vorgeführt, einer ersten, die Konstitutionalisierung als Expansion einer einzigen Rationalität in alle Bereiche der Weltgesellschaft versteht, einer zweiten, welche trotz

* Der Autor ist emeritierter Professor für Privatrecht und Rechtssoziologie und Principal Investigator am Exzellenzcluster Normative Ordnungen, Goethe Universität Frankfurt.

der Pluralität des gesellschaftlichen Konstitutionalismus auf der Einheit der Verfassung besteht. Im Schlussteil nehmen drei weitere Variationen schließlich die Motive, die sich als aufhebenswert herausgestellt haben wieder auf und entwickeln sie weiter.

I. Exposition: Konstitutionalisierung jenseits des Nationalstaats

Ubi societas, ibi constitutio – das ist die Zentralthese des transnationalen Verfassungspluralismus. Wo immer in der Weltgesellschaft bestimmte Sozialgebilde entstehen – Funktionssysteme, formale Organisationen oder transnationale Regimes –, bilden diese eigene Verfassungen heraus, die den Staatsverfassungen ihren Monopolanspruch streitig machen.¹ *Chris Thornhill* kennzeichnet diese Strömung der Verfassungstheorie folgendermaßen:

“Als Gegenthese zur Lehre des unbedingten Staatsbezugs der Verfassung vertritt diese Lehre eine Theorie des transnationalen Verfassungspluralismus, aus deren Sichtweise sich tendenziell alle Kommunikationssysteme von politisch-rechtlichen Steuerungszentren abkoppeln und über alle regional-geographischen Grenzen hinaus mehr oder weniger spontan ein intern-selbstregulatives normatives Gefüge herstellen. Regionale oder nationalstaatliche Grenzen werden also durch funktionale Grenzen als Bezugspunkte der Verfassungsgebung und Verfassungsgeltung ersetzt.”²

Der transnationale Verfassungspluralismus stützt sich auf eine dreifache Kritik am traditionellen konstitutionellen Denken.³ Dessen Rechtszentrismus kritisiert er, weil Verfassungen auf bloße Rechtsnormen höheren Rangs reduziert werden. Demgegenüber behauptet er die Priorität gesellschaftlicher Selbstkonstituierung.⁴ Gegen dessen Staatszentrismus wendet er sich,

¹ Einen Überblick über die neuere Literatur zum gesellschaftlichen Konstitutionalismus bietet *G. Thompson*, Review Essay: Socializing the Constitution?, *Economy and Society* 44 (2015), 480.

² *C. Thornhill*, Politische Macht und Verfassung jenseits des Nationalstaats, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 32 (2011), 205 (212).

³ *J. De Munck*, From Orthodox to Societal Constitutionalism, in: J.-P. Robé/A. Lyon-Caen/S. Vernac (Hrsg.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, 2016, 135; *A. Febbrajo*, Constitutionalism and Legal Pluralism, in: A. Febbrajo/G. Corsi (Hrsg.), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, 2016, 68.

⁴ *P. F. Kjaer*, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, 2014, 122 ff.

weil Verfassungen nur im “öffentlichen” Sektor identifiziert werden.⁵ Ebenso und mit steigender Bedeutung seien Bereichsverfassungen in Wirtschaftsunternehmen, Märkten, privaten Universitäten, Stiftungen, Presseunternehmen, Intermediären des Internets und anderen “privaten” Institutionen zu finden.⁶ In der Kritik an dessen methodologischen Nationalismus schließlich weitet er den Blick auf Prozesse globaler Konstitutionalisierung und identifiziert Verfassungsphänomene in transnationalen Regimes, im öffentlichen wie im privaten Sektor.⁷

Warum diese “Gesellschaftsvergessenheit”⁸ des traditionellen Konstitutionalismus? Warum ist er blind gegenüber Verfassungen jenseits des Staates? Die historische Erklärung ist, dass nach dem Untergang des Feudalismus jegliche intermediäre Instanzen ihre Legitimität verloren hatten und die Verfassung ausschließlich das Verhältnis zwischen Staat und Bürgern normierte, während der gesellschaftliche Bereich als Sphäre individueller Aktivitäten angesehen wurde, die zwar von Grundrechten gegenüber staatlichen Interventionen geschützt, selbst aber nicht verfassungsrechtlichen Anforderungen unterworfen wurde. Das Privatrecht, das die horizontalen Beziehungen zwischen Individuen normierte, wurde als ausreichend angesehen. Soziologisch-historische Analysen zeigen jedoch, wie inadäquat diese Soziologie der Aufklärungsepoche war. Die Organisationsrevolution und die dramatische Steigerung funktionaler Differenzierung brachten im großen Maßstab autonome nichtstaatliche Institutionen – die neuen intermediären Instanzen – hervor und warfen ihrerseits gravierende Verfassungsprobleme auf, die von den Staatsverfassungen nicht befriedigend zu lösen waren.⁹ Mit den jüngsten Wellen der Globalisierung verschärfte sich die Verfassungsprobleme in verschiedenen Sektoren der Weltgesellschaft. Diese Entwicklungen bilden den Hintergrund dafür, dass auch nicht-staatliche Institutio-

⁵ J. Pribán, *The Concept of Self-Limiting Polity in EU Constitutionalism: A Systems Theoretical Outline*, in: J. Pribán (Hrsg.), *Self-Constitution of European Society: Beyond EU Politics, Law and Governance*, 2016, 37.

⁶ P. Guibentif, *Societal Conditions of Self-Constitution*, in: J. Pribán, *Self-Constitution ...* (Anm. 5), 274; T. Vesting, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, 2015, 99 ff., 114 ff.

⁷ P. Holmes, *Verfassungsevolution in der Weltgesellschaft: Differenzierungsprobleme des Rechts und der Politik im Zeitalter der Global Governance*, 2012, 160 ff.; L. Viellechner, *Verfassung als Chiffre: Zur Konvergenz von konstitutionalistischen und pluralistischen Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts*, *ZaöRV* 75 (2015), 231.

⁸ C. Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, 327.

⁹ C. Pinelli, *Constitutionalism and Globalisation: A Disputed Relation*, in: A. Febbrajo/G. Corsi (Anm. 3), 125 (130 ff.); P. F. Kjaer, *From Corporatism to Governance: Dimensions of a Theory of Intermediary Institutions*, in: P. F. Kjaer/E. Harmann (Hrsg.), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance*, 2015, 11; P. F. Kjaer, (Anm. 4), 17 ff.; P. Femia, *Against the “Pestilential Gods”*, *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie* 40 (2011), 260.

nen Konstitutionalisierungsprozessen unterworfen wurden und dass ein transnationaler gesellschaftlicher Konstitutionalismus zu einem zentralen Strukturproblem der Weltgesellschaft avanciert. Während der traditionelle Konstitutionalismus immer noch ausschließlich die Nationalstaaten fokussiert, haben längst internationale Organisationen und transnationale Regimes damit begonnen, Eigenverfassungen zu entwickeln. Die World Trade Organization (WTO), die Governance des Internets, Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), hybride transnationale Regimes, die *lex mercatoria*, die *lex finanziaria*, aber auch die globale Regulierung des Gesundheitssektors und des Umweltschutzes sind markante Beispiele für Konstitutionalisierung transnationaler Institutionen.¹⁰ Ein vieldiskutiertes Phänomen ist schließlich “corporate constitutionalism”, die Konstitutionalisierung multinationaler Unternehmen.¹¹

Konstitutionalisierung jenseits des Nationalstaates kann als ein evolutiv-närer Prozess beobachtet werden, der sich in zwei unterschiedlichen Richtungen abspielt: (1) in transnationalen Politikprozessen jenseits der Nationalstaatsverfassungen; (2) gleichzeitig außerhalb der internationalen Politik in den “privaten” Sektoren der Weltgesellschaft.¹² Eine Verfassungstheorie, die solche Prozesse analysiert, distanziert sich damit von den Verengungen des Verfassungsrechts auf den Nationalstaat und fokussiert die gesellschaftlichen Verfassungen im nationalen und transnationalen Raum. Damit stellt sich die dreifache Aufgabe: (1) real ablaufende Konstitutionalisierungsprozesse außerhalb der Nationalstaaten zu untersuchen, (2) eine Theorie des transnationalen gesellschaftlichen Konstitutionalismus zu entwerfen und (3)

¹⁰ Zur WTO: *D. Z. Cass*, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, 2005; zu ICANN: *M. Renner*, *Zwingendes transnationales Recht: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, 2011; zur *lex finanziaria*: *J. Horst*, *Lex Financiaria: Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA)*, AVR 53 (2015), 461; zur *lex sportiva*: *A. Duval*, *The Pechstein Case: Transnational Constitutionalism in Action at the Bundesgerichtshof*, <verfassungsblog.de> (2016); zu IP-Regimes: *D. Wielsch*, *Private Governance of Knowledge: Societally Crafted Intellectual Properties Regimes*, Ind. J. Global Legal Stud. 20 (2013), 907; zum Gesundheitssektor: *A. Krajewska*, *In Search of the Holy Grail of Transparent and Coherent Global Health Law*, <<http://campus.hec.fr>> (2013); zum Umweltschutz: *L. J. Kotzé*, *Arguing Global Environmental Constitutionalism*, *Revista Opinião Jurídica* 17 (2015), 398; *J. Ellis*, *Constitutionalization of Nongovernmental Certification Programs*, Ind. J. Global Legal Stud. 20 (2013), 1035.

¹¹ Dazu besonders die Beiträge von *John Ruggie* und *Jean-Philippe Robé* im Sammelband *J.-P. Robé/A. Lyon-Caen/S. Vernac* (Anm. 3); *L. C. Backer*, *The Concept of Constitutionalization and the Multi-Corporate Enterprise in the 21st Century*, *Working Papers Coalition for Peace & Ethics* 6 (2014).

¹² *D. Wielsch* (Anm. 10), 922 f.

normative Perspektiven für Verfassungspolitik und Verfassungsrecht zu entwickeln.¹³

Doch innerhalb des gesellschaftlichen Konstitutionalismus läuft eine vielschichtige Kontroverse, welche die Subjekte nicht-staatlicher Verfassungen, ihren Ursprung, ihre Legitimation, ihre Reichweite und ihre inneren Strukturen betrifft. Welche sozialen Prozesse sind es, die den Pluralismus der gesellschaftlichen Verfassungen erzeugen? Auf welche Weise konstruieren Verfassungen Ordnungen für genuin gesellschaftliche Prozesse? Anstatt jedoch in dieser Kontroverse vorschnell Partei zu ergreifen, dürfte es fruchtbarer sein, die Kontroverse nicht als Konflikt inkompatibler Positionen, sondern als "Thema mit Variationen" zu verstehen. Dann kann man die kontroversen Positionen als Versuche ansehen, das Potential des "Themas" in seinen fruchtbaren und weniger fruchtbaren "Durchführungen" detailliert zu eruieren. Folgende Leitfragen sollen an die zahlreichen Variationen gestellt werden:

1. Was ist in der einzelnen Variation das jeweilige "Kompositionsprinzip"?
2. Welche Probleme zeigen sich in dessen "Durchführung"?
3. Welches sind ihre aufhebenswerten "Motive"?

In diesem Sinn soll zunächst das von *David Sciulli* komponierte Thema des gesellschaftlichen Konstitutionalismus kurz vorgestellt werden. Dann werden sechs *Sciulli*-Variationen in zwei unterschiedlichen Variationsreihen vorgeführt, einer ersten, die Konstitutionalisierung als Expansion einer einzigen Rationalität in alle gesellschaftlichen Bereiche verstehen, einer zweiten, welche trotz der Pluralität des gesellschaftlichen Konstitutionalismus das Motiv der Einheit der Verfassung anklingen lässt. Im "Schlussteil" sollen drei weitere Variationen schließlich die aufhebenswerten Motive in einer Neuaufnahme des "Ausgangsthemas" wiederaufnehmen und weiterentwickeln.

II. Thema: *David Sciulli*

Gesellschaftlichen Konstitutionalismus als Thema vorgegeben zu haben, ist das Verdienst des amerikanischen Soziologen *David Sciulli*.¹⁴ Zwar gibt

¹³ Dazu *G. Teubner*, Das Projekt der Verfassungssoziologie: Irritationen des nationalstaatlichen Konstitutionalismus, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 31 (2012), 189.

¹⁴ *D. Sciulli*, Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality, *British Journal of Sociology* 39 (1988), 377; *D. Sciulli*, Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical

es Vorläufer, etwa die Konzepte der Wirtschaftsverfassung von *Hugo Sinzheimer* und *Franz Böhm*, die Theorie des private government von *Philip Selznick* oder den Begriff der Sozialverfassung von *Reinhard Koselleck*.¹⁵ Aber *Sciulli* hat als erster eine ausgereifte Theorie des gesellschaftlichen Konstitutionalismus aufgeführt. Ausgehend von *Max Webers* Rationalisierungsdilemma der Moderne stellt er die Frage nach existierenden Gegenkräften zu einem massiven evolutionären Drift, der auf einen zunehmenden Autoritarismus in der Gesellschaft hinauslaufe. Die einzige gesellschaftliche Dynamik, die diesem Drift in der Vergangenheit effektiv entgegengearbeitet hat und in Zukunft Widerstand leisten kann, ist nach *Sciulli* in den Institutionen eines “societal constitutionalism” zu finden. Entscheidend sei die soziale Institutionalisierung von “collegial formations”, die sich in spezifischen Organisationsformen der Professionen und anderer normproduzierender deliberativer Institutionen identifizieren lassen.

III. Erste Variationenreihe: Extensionen

1. Variation I. Der lange Arm der Staatsverfassung

Noch ganz im Rahmen verfassungsrechtlicher Tradition hält sich der Versuch, gesellschaftliche Teilverfassungen als Expansionen der Staatsverfassung zu verstehen und deren auf gesellschaftliche Teilbereiche bezogene Normen zu je eigenständigen Rechtsinstitutionen zusammenzufassen. *Rupert Scholz* argumentiert, in der deutschen Staatsverfassung fänden sich – besonders im Grundrechtsteil und in der Regelung gesetzgeberischer Kompetenzen – Elemente einer Wirtschaftsverfassung, einer Kulturverfassung, einer Medienverfassung, einer Militärverfassung, einer Umweltverfassung, welche die vorgegebenen Grundstrukturen dieser gesellschaftlichen Teilbereiche aus der Sicht des Staates normierten. Als objektiv-rechtliche Rechtsgrundsätze “organisierten” die staatlichen Grundrechte gesellschaftliche Teilbereiche. Es sei die Aufgabe des Verfassungsrechts, diese Elemente zu einer kohärenten Systematik staatlich organisierter gesellschaftlicher Teil-

Theory, 1992; *D. Sciulli*, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, 2001.

¹⁵ *H. Sinzheimer*, *Das Wesen des Arbeitsrechts* (1927), in: O. Kahn-Freund/T. Ramm (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, 1976, 108; *F. Böhm*, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, *ORDO* 17 (1966), 75; *P. Selznick*, *Law, Society and Industrial Justice*, 1969; *R. Koselleck*, *Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in: R. Koselleck, *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, 2006, 365.

ZaöRV 76 (2016)

verfassungen auszuarbeiten und daraus weitere Verfassungsnormen abzuleiten.¹⁶

Weitgreifender schon ist der Versuch, die Staatsverfassung über die Politik hinaus auszudehnen und in die Verfassung der Gesamtgesellschaft umzudeuten. Immer schon, selbst im Frühkonstitutionalismus, so *Karl-Heinz Ladeur*, sei die politische Verfassung zugleich Gesellschaftsverfassung gewesen.¹⁷ Ähnlich, wenn auch etwas vorsichtiger, argumentiert *Ulrich Preuss*. Die Prinzipien der politischen Verfassung, besonders die Grundrechte, seien nicht nur für den politischen Willensbildungsprozess formuliert: “Sie verkörpern normative Prinzipien, zu denen sich die Gesellschaft selbst verpflichtet und die alle sozialen Beziehungen durchdringen sollen.”¹⁸

Größere Schwierigkeiten stellen sich anderen Autoren, die im transnationalen Raum entstehende gesellschaftliche Verfassungen auf die Verfassungen der Staaten zurückzuführen versuchen. Expansion der Staatsverfassungen über die nationalen Grenzen hinaus – mit dieser Formel suchen manche Autoren die unbestreitbare Existenz transnationaler Konstitutionalität zu erklären. Sofern Verfassungsprobleme außerhalb der Nationalstaaten auftauchen, etwa Fragen der Grundrechte im Internet oder rechtsstaatliche Garantien in privaten Schiedsgerichtsprozessen, so würden sie dadurch gelöst, dass Prinzipien der Nationalstaaten in transnationale Räume “expandierten”.¹⁹ Ähnliche Argumente entwickelt *Marcelo Neves* mit seinem Vorschlag eines “Transkonstitutionalismus”,²⁰ wenn er zwar einräumt, dass Verfassungsprobleme auch transnational massiert auftauchen, dann aber darauf insistiert, dass ihre Lösung nicht von Verfassungen transnationaler Institutionen, sondern von nationalstaatlichen Verfassungen in ihrer “Verflechtung” übernommen werden.²¹ Eine weitere Version, transnationale gesellschaftliche Verfassungen in letzter Instanz auf die Staatenwelt zurückzu-

¹⁶ R. Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971; R. Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1978.

¹⁷ K.-H. Ladeur, Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – “Verfassungsprivatrecht” als Kollisionsrecht, in: G.-P. Callies/A. Fischer-Lescano/D. Wielsch/P. Zumbansen (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz, FS G. Teubner zum 65. Geburtstag, 2009, 543.

¹⁸ U. K. Preuss, La garantie des droits: “les droits horizontaux”, in: M. Troper/D. Chagnollaud (Hrsg.), Traité International de Droit Constitutionnel, Bd. III, 2012, 233 f.

¹⁹ K.-H. Ladeur/L. Viellechner, Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes, AVR 46 (2008), 42.

²⁰ M. Neves, Transconstitutionalism, 2013.

²¹ Unklar bleibt in allen Versionen, wie die etwas mysteriöse Expansion im Einzelnen vor sich geht, besonders welche Institutionen über die Expansion mit einem Akt der Normsetzung, der ja regelmäßig eine Auswahl unter verschiedenen Alternativen ist, entscheiden. Wenn nicht nur Verfassungsgerichte der Nationalstaaten entscheiden, sondern auch internationale Gerichte und Schiedsgerichte, dann müssten beide Versionen einräumen, dass transnationales Verfassungsrecht unabhängig von nationalstaatlichem Verfassungsrecht entsteht.

führen, besteht darin, sie als legitimatorisch eingebettet in eine neo-westfälische Ordnung der Nationalstaaten zu verstehen und ihnen damit eine nur eingeschränkte Autonomie zuzugestehen.²²

Alle Versionen eines solchen Verfassungsetatismus, der auf gesellschaftliche Verfassungen ausgedehnt wird, unterschätzen allerdings systematisch das Eigenverfassungspotential gesellschaftlicher Institutionen. Deren Auto-konstitutionalisierung findet ihre theoretische Erklärung darin, dass die funktionale Differenzierung der Gesellschaft keine Frage einer politischen Grundentscheidung ist, sondern ein komplizierter evolutionärer Prozess, in dem sich fundamentale Leitunterscheidungen allmählich herauskristallisieren und spezialisierte Institutionen nach ihrer Eigenlogik bilden. In diesem Prozess "verfassen" sich die Funktionssysteme selbst, indem sie ihre eigene Identität über elaborierte Semantiken der Selbstsinnggebung, der Reflexion, der Autonomie bestimmen.²³ Das gleiche gilt im Rahmen anderer Differenzierungsprozesse für formale Organisationen und für transnationale Regimes.²⁴

Aufhebenswert aber an der etatistischen Variation des gesellschaftlichen Konstitutionalismus ist, dass die Staatsverfassungen das große historische Vorbild für Konstitutionalisierungsprozesse bieten. Sie haben ein reiches Reservoir an verfassungsrechtlichen Institutionen – prominent: Gewaltenteilung, Rechtsstaat, Demokratie und Grundrechte – erzeugt, auf das andere gesellschaftliche Teilverfassungen im Wege der Generalisierung und Respezifizierung zurückgreifen können.²⁵ Vorbild sind sie besonders deshalb, weil ihnen die paradoxe Leistung geglückt ist, in Machtprozessen immanent angelegte Totalisierungen der politischen Macht gerade mithilfe politischer Macht wirksam zu begrenzen. Ob eine solche Selbstbegrenzung auch in anderen gesellschaftlichen Teilsystemen, die ähnliche totalisierende Tendenzen aufweisen, gelingen kann, ist eine der drängendsten Fragen des gesellschaftlichen Konstitutionalismus.²⁶

²² K. D. Wolf, *The Non-Existence of Private Self-Regulation in the Transnational Sphere and Its Implications for the Responsibility to Procure Legitimacy: The Case of the lex sportiva*, *Global Constitutionalism* 3 (2014), 275.

²³ N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, 745.

²⁴ P. F. Kjaer (Anm. 4).

²⁵ R. Prandini, *The Morphogenesis of Constitutionalism*, in: P. Dobner/M. Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 309 (311 ff.).

²⁶ H. Lindahl, *We and Cyberlaw: The Spatial Unity of Constitutional Orders*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 20 (2013), 697 (725 ff.).

2. Variation II. Expansion des Politischen

Auf die zweifelhaften Versuche, das Staatsmonopol der Verfassung dadurch zu retten, dass man gesellschaftliche Verfassungsphänomene als eine mehr oder weniger mysteriöse “Expansion” der Staatsverfassung interpretiert, verzichten solche Analysen, welche die Staatsunabhängigkeit gesellschaftlicher Verfassungen empirisch identifizieren. Sie erklären ihr Auftreten mit einer Dissoziation von Politik und Staat, dass sich nämlich das politische System im Globalisierungsprozess über den Bereich des Staatlichen hinaus auf die internationale Politik und zugleich auf andere weltgesellschaftliche Bereiche ausgedehnt hat. *Poul Kjaer* beobachtet die Herausbildung eines “specific transnational type of the political which, in its orientation, self-understanding and institutional set-up, is substantially different from the form of the political which tends to dominate in national contexts”.²⁷ Nach *Thornhill* lassen sich in der pluralistisch strukturierten Weltgesellschaft Mikro-Verfassungen empirisch identifizieren, die Machtprozesse innerhalb der Gesellschaft formalisieren und die in der Tat keine Staats-Verfassungen, wohl aber Verfassungen politischer Macht in der Gesellschaft sind. Sie erhöhen die Empfänglichkeit verschiedener gesellschaftlicher Bereiche für Inklusion in politische Macht.²⁸ Man kann *Thornhills* Ideen auf die eingängige Formel bringen: *Ubi potestas, ibi constitutio*. Wo nicht im Medium der Macht kommuniziert wird, bedarf die Gesellschaft keiner Verfassung. Wo im Medium der Macht kommuniziert wird, bedarf die Gesellschaft immer einer Verfassung.

Das Problem daran ist jedoch eine “Engführung”, die gesellschaftliche Verfassungen nur in politischen Machtprozessen identifiziert. Es ist fraglich, ob man wie *Thornhill* die in Globalisierungsprozessen in der Tat stattfindende “Politisierung” der Gesellschaft als eine Ausdehnung des politischen Systems verstehen soll, in der Machtprozesse aus ihrer engen Verbindung zum Staat und zur institutionalisierten Politik gelöst werden und an vielen Stellen in der Weltgesellschaft, also auch in anderen Teilsystemen, ablaufen. Angemessener dürfte es sein, am klar konturierten Begriff des politischen Systems als Aufbau politischer Macht zur Erzeugung kollektiver Entscheidungen festzuhalten, und das nicht nur im Nationalstaat, sondern auch in

²⁷ *P. F. Kjaer* (Anm. 4), 83 ff., 97.

²⁸ *C. Thornhill*, Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions, *Journal of Classical Sociology* 10 (2010), 1; so auch *J. Pribán*, Asking the Sovereignty Question in Global Legal Pluralism: From “Weak” Jurisprudence to “Strong” Socio-Legal Theories of Constitutional Power Operations, *Ratio Juris* 28 (2015), 31 (47 ff.)

der internationalen Politik.²⁹ Parallel dazu, aber institutionell und funktionell separiert, laufen "politische" Prozesse innerhalb der anderen Teilsysteme ab, die dann ihrerseits einer eigenständigen Konstitutionalisierung ausgesetzt werden. Diese normiert dann freilich nicht mehr nur Prozesse der Macht, sondern darüber hinaus die jeweils systemspezifischen Kommunikationsprozesse innerhalb der Teilsysteme. Der Dissens über die "Politisierung" der Gesellschaft dürfte also über bloß Terminologisches hinausgehen. Man sollte nicht, wie *Thornhill* es tut, die neue Einheit eines expandierenden politischen Systems, in der über Macht kommuniziert wird, postulieren, sondern vielfältige eigenständige Reflexionspolitiken in unterschiedlichen Kontexten identifizieren, um deren Konstitutionalisierung es geht. Diese haben in der Tat, wie *Thornhill* zu Recht betont einen "categorically public character",³⁰ aber dieser öffentliche Charakter ist nicht notwendig mit politischen Machtprozessen verbunden. Im transnationalen Kontext übernimmt häufig das Privatrecht, ja selbst privatautonome Ordnungsbildungen, öffentliche Funktionen.³¹ Die "Politik" der Zentralbanken, die der Wissenschaftsorganisationen, die der Verfassungsgerichte lassen sich nicht einfach als Teilprozesse innerhalb des Aufbaus von politischer Macht zur Erzeugung kollektiver Entscheidungen verstehen, sondern als Reflexionspolitik in gesellschaftlichen Institutionen, die in eigenen Kommunikationsformen über ihre gesellschaftliche Funktion und ihre Leistungen an andere gesellschaftliche Teilbereiche entscheidet.

Allerdings sollte ein Motiv in der *Thornhillschen* Variation des Themas unbedingt beibehalten und weiterentwickelt werden. Was Verfassungen nach *Thornhill* leisten, ist die Formalisierung des Kommunikationsmediums Macht. Die Formalisierung ist die "selbsterzeugte Bedingung für die positive und differenzierte Autonomie von Macht".³² Das ist ein eminent wichtiger Gedanke, der nun aber generalisiert werden muss. Verfassungen formalisieren Kommunikationsmedien ganz unterschiedlicher Art in der Medialität des Rechts.³³ In je eigenständigen Konstitutionalisierungsprozessen

²⁹ N. Luhmann, Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft, in: U. Beck (Hrsg.), Perspektiven der Weltgesellschaft, 1998, 345 (375 ff.).

³⁰ C. Thornhill, The Sociological Origin of Global Law, in: A. Febbrajo/G. Corsi (Anm. 3), 99 (100).

³¹ H. Muir Watt, Conflicts of Laws Unbounded: The Case for a Legal-Pluralist Revival, <<http://www.law.cam.ac.uk>> (2015); B. Kingsbury, International Law as Inter-Public Law, H. R. Richardson/M. S. Williams (Hrsg.), NOMOS XLIX: Moral Universalism and Pluralism, 2009, 167; R. Wai, The Interlegality of Transnational Private Law, Law & Contemp. Probs. 71 (2008), 107.

³² C. Thornhill (Anm. 28), 18.

³³ F. Steinbauer, Medienverfassung: Untersuchung zur Verfassungswissenschaft nach 1990, 2015, 41 ff.

sen wird nicht nur das Machtmedium in der Politik, sondern es werden ebenso die Medien Geld, Wissen, Recht, Information in ihren Handlungsbereichen formalisiert. Beschränkt sich eine Wirtschaftsverfassung darauf, nur dann fundamentale Normen zu formulieren, wenn Phänomene wirtschaftlicher Macht auftreten, oder normiert sie gerade auch die monetäre Kommunikation als solche, unabhängig davon, ob sie in Machtkommunikation in Unternehmenshierarchien oder Marktmonopolen “übersetzt” wird oder nicht? Was formalisiert die Wissenschaftsverfassung? Machtkämpfe innerhalb der Wissenschaftsinstitutionen oder epistemische Operationen? Die Religionsverfassung? Die Internet-Verfassung? Und die Antwort ist: Verfassungen formalisieren nicht nur Machtprozesse des politischen Systems, sondern ebenso machtunabhängige Kommunikationsprozesse, die über andere systemspezifische Medien ablaufen.

3. Variation III. Rational Choice Everywhere

Gegenüber den bisher angesprochenen Variationen entwickeln ökonomische Verfassungstheorien eine radikalere Version des gesellschaftlichen Konstitutionalismus. Sie entkoppeln Verfassungen endgültig von Staat, Politik, Macht oder internationaler Politik und begreifen sie als autonome gesellschaftliche Ordnungen, insbesondere im Falle von Wirtschaftsorganisationen und Märkten. In einer engeren Fassung wird der Verfassungsbegriff auf Fundamentalnormen genuin wirtschaftlichen Handelns angewendet. Dies tut die ordoliberalen Version einer Weltwirtschaftsverfassung, welche zum Schutze des Wettbewerbes die Bekämpfung wirtschaftlicher Macht zur Verfassungsaufgabe macht.³⁴ Einen ähnlichen Verfassungsbegriff entwerfen auch, wengleich unter umgekehrten ideologischen Vorzeichen, die Vertreter eines “New constitutionalism”, die in kritischer Absicht die Institutionen des Washington Consensus als globale Wirtschaftsverfassung analysieren.³⁵ In einer weiteren Fassung wiederum werden Verfassungen in sämtlichen, also auch in nicht-wirtschaftlichen gesellschaftlichen Gruppierungen

³⁴ W. Fikentscher/J. Drexl, Der Draft International Antitrust Code: Zur institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechts, in: W. Fikentscher/U. Immenga (Hrsg.), Draft International Antitrust Code, 1995, 35.

³⁵ G. W. Anderson, Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below, Ind. J. Global Legal Stud. 20 (2013), 881; D. Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy’s Promise, 2008.

identifiziert, von denen dann aber behauptet wird, dass sie alle der ökonomischen Logik der rational choice gehorchten.³⁶

Ganz parallel zur eben kritisierten Expansion des politischen Systems ist an diesen Konzepten ein Imperialismus, diesmal des Ökonomischen zu kritisieren. Es bedarf wohl keiner näheren Begründung, dass die Zumutung, die inneren Strukturen der Religion, der Kunst, der Informationsmedien den Prinzipien einer Wirtschaftsverfassung zu unterwerfen oder sie ausschließlich nach Kriterien von rational choice zu beurteilen, ihrer jeweiligen Eigenrationalität ebenso wie einer gesamtgesellschaftlichen Orientierung unerträgliche Gewalt antun würde.

Doch lassen auch die ökonomischen Verfassungstheorien ein erhaltenswertes Motiv anklingen, wenn sie darauf bestehen, Verfassungen nicht nur in politisch-rechtlichen Konfigurationen anzutreffen, sondern auch in der Wirtschaft und darüber hinaus in sämtlichen gesellschaftlichen Institutionen. Ebenso bemerkenswert ist, wie stark sie auf der Staatsunabhängigkeit gesellschaftlicher Verfassungen insistieren, dass nämlich die Selbstorganisation gesellschaftlicher Teilbereiche in ihrer Autokonstitutionalisierung mündet.

4. Variation IV. *Summum ius*

Lag das Kompositionsprinzip der bisherigen Variationen darin, gesellschaftliche Verfassungen auf die Expansion entweder des Politischen oder des Ökonomischen zurückzuführen, so versucht es eine weitere Variation mit der Expansion des Rechtlichen, allgemeiner des Normativ-Institutionellen. Mithilfe der Definition von Institutionen als Normenensembles identifiziert man gesellschaftliche "Sektoralverfassungen" dann, wenn nicht-staatliche Rechtsordnungen damit beginnen, höherrangige Normen zu institutionalisieren.³⁷ Sie setzen damit das Erbe des Institutionalismus fort, der auch den Normen gesellschaftlicher Institutionen Rechtscharakter beigemessen hat.³⁸ Sie führen dies auf der Verfassungsebene weiter, indem sie Selbstkonstitutionalisierungen in nicht-staatlichen Institutionen identifizieren. In dieser institutionellen Perspektive arbeiten auch Völkerrechtler,

³⁶ J. M. Buchanan, *Constitutional Economics*, 1991; V. Vanberg, *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, *Journal of Institutional Economics* 1 (2005), 23.

³⁷ A. Peters/J. Klabbers/G. Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, 211 ff.

³⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1918; M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation: Essai de vitalisme social*, in: M. Hauriou, *Aux sources du droit*, 1986 (1933), 89.

welche die Herausbildung höherrangiger Rechtsnormen in internationalen Organisationen und in “self-contained regimes” als Verfassungpluralismus jenseits des Nationalstaats beschreiben.³⁹ Damit betonen sie zu Recht die nicht hintergehbare Rechtsnormativität von Verfassungen, die man nicht auf die bloße Faktizität von “Verfastheit” sozialer Ordnungen reduzieren darf, wie es in manchen sozialwissenschaftlichen Verfassungsanalysen geschieht.

Bei allen Verdiensten, welche sich der Institutionalismus damit erworben hat, den transnationalen Verfassungpluralismus gegenüber den Verengungen des methodologischen Nationalismus juristisch als eigenständig zu behaupten, ist er jedoch selbst von reduktionistischen Tendenzen, wenn auch ganz anderer Art, nicht frei. Die Gefahr einer institutionellen Sicht liegt darin, dass man formalistisch den Blick auf Rechtsnormen, staatlicher und nicht-staatlicher Art, verengt und die soziale Dynamik, welche die gesellschaftliche Konstitutionalisierung antreibt, vernachlässigt. Schon die Staatsverfassungen lassen sich nicht ausreichend verstehen, wenn man, wie es viele Verfassungsjuristen in der Tradition von *Hans Kelsen* tun, sie als bloße Rechtsnormenensembles versteht und damit die Verfassungsdynamik des politischen Prozesses ausblendet.⁴⁰ Das gilt in analoger Weise für gesellschaftliche Verfassungen, bei denen man ebenso wenig vernachlässigen darf, dass sie primär auf der Selbstkonstituierung eines Sozialsystems und erst sekundär auf rechtlichen Normierungen aufbauen. Eine institutionelle Sicht, die den gesellschaftlichen Konstitutionalismus nur mit den Rechtsnormen, die unterschiedliche Sozialbereiche regulieren, identifiziert, reduziert Verfassungen auf bloße Normhierarchien. Worauf es ankommt, ist die eigentümliche Verbindung, die Normhierarchien im Recht mit Reflexionsprozessen in Sozialsystemen eingehen.⁴¹ Denn ihre eigentlich interessanten materialen Verfassungsprinzipien lassen sich nicht einfach als höherrangige Normen in einer Institution verstehen, sondern erst als Ergebnisse von gesellschaftlichen Verfassungskonflikten, die erst später juridifiziert werden.

Wiederum das aufhebenswerte Motiv am Institutionalismus ist, dass er den Blick dafür schärft, den Ort der Verbindung zwischen dem jeweiligen Sozialsystem und dem Recht genauer zu identifizieren. Denn als Normenensembles ermöglichen Institutionen den engen Kontakt von fundamentalen Sozialnormen und Verfassungsrechtsnormen und erlauben, den Konstitutionalisierungsprozess als “Übersetzung” in beide Richtungen, genauer

³⁹ *N. Walker*, *Intimations of Global Law*, 2014.

⁴⁰ *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1960 (1934), 228 f.

⁴¹ *G. Teubner*, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012, 159 ff.

als eine ko-evolutive Dynamik zwischen verfassten Sozialsystem und Verfassungsrecht zu verstehen.⁴²

Das Kompositionsprinzip all dieser Variationen ist es, das Gesellschaftliche des gesellschaftlichen Konstitutionalismus nicht mit der Gesamtgesellschaft zu identifizieren, sondern mit unterschiedlichen gesellschaftlichen Sektoren, die jeweils eine eigenständige Teilverfassung herausbilden. Indem die Variationen aber gesellschaftliche Konstitutionalisierungen auf die Expansion jeweils nur einer einzigen gesellschaftlichen Rationalität in sämtliche Gesellschaftsbereiche hinein zurückführen, unternehmen sie den Versuch, in der beunruhigenden Vielfalt gesellschaftlicher Verfassungen doch noch ein einheitliches Ordnungsprinzip zu finden, sei es über die Expansion des Politischen, des Ökonomischen oder des Rechtlichen. Doch erschöpfen diese Variationen bei weitem nicht das Potential des *Sciulli*-Themas. Dessen gesellschaftlicher Konstitutionalismus zielt gerade darauf, gegenüber einer eindimensionalen "instrumentellen Rationalität" die Pluralität "nicht-rationaler" Orientierungen zu erhalten und zu fördern. Letztlich ersetzen die vier bisher diskutierten Variationen nur den alten Monismus der einen Staatsverfassung jeweils durch den neuen Monismus der einen Rationalität, die allen gesellschaftlichen Verfassungen zugrunde liegen soll. Dass die Funktion gesellschaftlicher Verfassungen aber gerade darin liegt, ganz heterogene und inkompatible Rationalitäten nebeneinander zu institutionalisieren, und zugleich ihre totalisierenden Tendenzen, mit denen sie sich wechselseitig gefährden, zu beschränken, können diese Variationen des Themas nicht nachvollziehen.

IV. Zweite Variationenreihe: Globalverfassung

1. Variation V. Holistische Gesellschaftsverfassung

Die nun folgenden Variationen des *Sciulli*-Themas benutzen ein anderes Kompositionsprinzip für gesellschaftliche Konstitutionalisierung – die als unauflöslich behauptete Einheit der Verfassung. Ursprünglich wurde dieses Prinzip für den Nationalstaat entwickelt. Nationale Verfassungen beanspruchen kategorisch, sämtliche Staatstätigkeiten umfassend ihrem Regulierungsanspruch zu unterwerfen.⁴³ *Neil Walker* sieht den "holistischen" Charakter, also ihren umfassenden Regelungsanspruch, als ein Definitions-

⁴² Dazu *G. Teubner* (Anm. 41), 169 ff.

⁴³ *D. Grimm*, *The Constitution in the Process of Denationalization*, *Constellations* 12 (2005), 447.

merkmal von Verfassungen.⁴⁴ Begründet wird dies mit der Integrationsfunktion der staatlichen Verfassung, die darin besteht, unterschiedlichen politischen Gruppierungen und verschiedenartigen Institutionen trotz all ihrer Konflikte eine gemeinsame Orientierung zu verschaffen.⁴⁵

Diese Vorstellungen werden nun auf gesellschaftliche Verfassungen übertragen mit der Konsequenz, dass man im Gegensatz zu einem transnationalen Verfassungpluralismus eine einheitliche Verfassung, jetzt nicht mehr bloß des Staates, sondern der Gesamtgesellschaft postuliert – oder sogar eine einheitliche Weltgesellschaftsverfassung. Der Historiker *Koselleck* hält schon für das Zeitalter des Nationalstaats als historische Realität fest, dass nicht bloß eine Staatsverfassung, sondern eine umfassendere Gesellschaftsverfassung existiert, die neben staatlich-politischen Aktivitäten, auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Institutionen verfassungsrechtlichen Anforderungen unterwirft.⁴⁶ Fragen der Sozial-, Kirchen-, Wirtschafts- oder Finanzordnung dürften nicht mehr bloß als Probleme der einfachen Gesetzgebung behandelt werden, sondern als Probleme einer genuinen “Sozialverfassung”. Und in der heutigen Transnationalisierung gälte dies im gleichen Maße mit der Folge, dass als wichtigstes Beispiel die Verfassung transnationaler Unternehmen als Teile einer globalen Gesellschaftsverfassung anzusehen seien.

Im Völkerrecht wie in der politischen Philosophie vertreten verschiedene Autoren die Vorstellung, dass die zur Zeit beobachtbare Konstitutionalisierung des Völkerrechts in der Lage sei, eine kosmopolitische Verfassungsordnung, also eine einheitliche Verfassung für die ganze Weltgesellschaft herzustellen.⁴⁷ Zwar lehnt man einen Weltstaat als Substrat einer einheitlichen Verfassung als unrealistisch ab; stattdessen aber wird die “internationale Gemeinschaft” zum Bezugspunkt eines emergierenden Weltverfassungsrechts erhoben, die nicht mehr wie im traditionellen Völkerrecht bloß als Gemeinschaft souveräner Staaten, sondern als Ensemble von politischen

⁴⁴ N. Walker, *Beyond the Holistic Constitution?*, in: P. Dobner/M. Loughlin (Anm. 25), 291.

⁴⁵ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, Kap. 7.

⁴⁶ R. Koselleck (Anm. 15), 369 ff.

⁴⁷ B. Fassbender, “We the Peoples of the United Nations”: Constituent Power and Constitutional Form in International Law, in: N. Walker/M. Loughlin (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, 2007, 269 (281 ff.); O. Höffe, *Vision Weltrepublik: Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung*, in: D. Ruloff/C. Bertram/B. Frey (Hrsg.), *Welche Weltordnung?* 2005, 33.

und gesellschaftlichen Akteuren und als Rechtsgemeinschaft der Individuen gefasst wird.⁴⁸

Dass solche Vorstellungen einer umfassenden Globalverfassung hoffnungslos idealistisch sind und eher von Wunschvorstellungen als von realistischen Analysen getragen sind, braucht man wohl nicht erst näher zu begründen.⁴⁹ Aber auch diese kosmopolitischen Übertreibungen realisieren ein aufhebenswertes Motiv – das der Integration durch Verfassung. Zwar braucht sich der gesellschaftliche Konstitutionalismus nicht auf die vergebliche Suche nach der institutionellen Einheit einer (Welt-)Gesellschaftsverfassung zu machen, wohl aber muss er sich die Frage nach der Integration oder nach der Koordination der Pluralität unterschiedlicher Verfassungsordnungen stellen. Wenn es richtig ist, dass im Nationalstaat neben der konstitutiven und der limitativen Funktion der Verfassungen ihre integrative Funktion eine entscheidende Rolle gespielt hat, dann erhebt sich die Frage, ob es gerade in der extremen Fragmentierung transnationaler Verfassungen Institutionen gibt, die diese integrative Funktion wahrnehmen.

2. Variation VI. Verfassung als kollektive Imagination

Die unauflösbare Einheit einer gesamtgesellschaftlichen Verfassung zu retten, ist schließlich auch das Ziel von Theorien, welche statt der institutionellen Realität von Verfassungen ihre symbolische Funktion in den Vordergrund stellen. Angesichts der unbestreitbaren Pluralität von öffentlichen und privaten Rechtsregimes und angesichts der Unmöglichkeit, für diese einheitliche weltgesellschaftliche Verfassungsinstitutionen zu schaffen, hält man kontrafaktisch an der Vorstellung der Einheit der Verfassung, muss sie dann aber darauf reduzieren, dass sie nur als Gründungsmythos eines Kollektivs, sei es der Nation sei es der internationalen Gemeinschaft, existiert. “Die Verfassung ist aber in ihrer symbolischen Dimension, dort, wo sie allein zur Einheit kommen kann, unauflöslich mit Institutionen wie Sprache, Medien, Kultur, gemeinsamem Wissen, kulturellem Gedächtnis usw. vermittelt” und ist “von einem symbolisch gefüllten Raum abhängig, einem kulturellen Text”, was es der Verfassung möglich macht, eine die vielfältigen Fragmentierungen überwölbende kollektive Identität normativ festzu-

⁴⁸ Eine gründliche Analyse unterschiedlicher Varianten einer kosmopolitischen Weltverfassung bietet *I. de la Rasilla del Moral*, At King Agramant’s Camp: Old Debates, New Constitutional Times, I.CON 8 (2011), 580.

⁴⁹ Eingehende Kritik bei *A. Fischer-Lescano*, Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, 2005, 247 ff.

schreiben.⁵⁰ Diese nur fiktionale, aber dennoch wirkmächtige Einheitsverfassung wird dann als durchaus kompatibel angesehen mit einer Vielheit von realen “Folgeverfassungen”, die in den gesellschaftlichen Teilbereichen institutionalisiert werden, die sich aber stets auf den Gründungsmythos der Einheitsverfassung beziehen.

Ob ein solcher kultureller Text ohne harte Institutionalisierung noch als Verfassung im strengen Sinne gelten kann, erscheint durchaus problematisch. Denn ohne reale Institutionen, welche die Einheit nicht nur symbolisieren, sondern in permanenten Diskussions- und Entscheidungsprozessen auch praktisch herstellen, bleibt die Verfassungseinheit eben bloße Fiktion. Nur in den “Folgeverfassungen”, wie *Vesting* sie nennt, also in den fragmentierten Verfassungen der Teilbereiche, wird das Wechselverhältnis von “Nomos” und “Narrativ” realisiert werden können.

Aufhebenswert wiederum ist an dieser Fiktionstheorie der Verfassung zweierlei. Einmal der Gedanke, dass Sozialordnungen in ihren Verfassungen nicht nur positives Recht erzeugen und Konflikte entscheiden, sondern zugleich sich in ihren Verfassungen als Kollektiv über einen Gründungsmythos identifizieren. Verfassungen sind in der Tat lebendige Prozesse der Selbstidentifikation eines Sozialsystems, die sich in Rechtsform ausdrücken. Über die konstitutive, die limitative und die integrative Funktion von Verfassung hinaus betont diese Fiktionstheorie zu Recht ihre symbolische Funktion, die “realistische” Verfassungstheorien eher vernachlässigen. Zum anderen entwirft sie eine Zwei-Ebenen-Architektur des Verfassungsphänomens – symbolische Gesamtverfassung und vielfältige institutionalisierte Folgeverfassungen –, die für die weiteren Überlegungen genutzt werden sollte. Die Frage ist nur, wie.

V. Schlussteil: *Unitas multiplex*

Im Schlussteil sollen drei weitere Variationen zum *Sciulli*-Thema ausprobiert werden. Sie sollen die in den vorigen Variationen anklingenden Motive, die sich als aufhebenswert herausgestellt haben, aufnehmen, zusammenführen und weitertreiben.

Als aufhebenswert erscheinen folgende in den Variationen angeklungenen Motive:

⁵⁰ T. *Vesting*, Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne, in: S. Koriath/T. *Vesting* (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, 2012, 95.

- die Formalisierung des Kommunikationsmediums Macht als Kern der politischen Verfassung – ein Motiv, das generalisiert werden sollte;
- die integrative Funktion von Verfassungen, die der Suche nach der Einheit der Verfassung, im nationalen wie im transnationalen Raum zugrunde liegt;
- das Verständnis von Verfassungen als Gründungsmythos, in dem sich die symbolische Funktion von Verfassungen spiegelt, die über ihre konstitutive, limitative und integrative Funktion noch hinausgeht;
- das Zusammenspiel von Verfassungselementen auf unterschiedlichen Ebenen, die Vielheit und Einheit der Verfassung ins Verhältnis bringen;
- das Verständnis der Autokonstitutionalisierung eines Sozialsystems, das sich gegen den Octroi von Sozialverfassungen durch Politik oder Recht kritisch verhält;
- die tragende Rolle von Institutionalisierung, weil erst Institutionen als Normensembles den für Verfassungen typischen Dauerkontakt von Rechtsnormen und außerrechtlichen Normen zustande bringen;
- Staatsverfassungen als das große historische Vorbild für eine Vielzahl von gesellschaftlichen Verfassungen, insbesondere in ihrer paradoxen Leistung, die in Machtprozessen immanent angelegte Totalisierungen der politischen Macht mithilfe politischer Macht wirksam zu begrenzen.

1. Variation VII. Meta-Verfassung

Zu Recht haben die Variationen der zweiten Gruppe betont, dass gerade der Pluralismus von Teilbereichsverfassungen die Frage nach der Einheit der Verfassung – sowohl empirisch als auch normativ – provoziert. Erschöpft sich der Pluralismus in einem beziehungslosen Nebeneinander oder bildet sich hier in der einen oder anderen Form doch eine Verfassungseinheit heraus – und dies gerade auch für die Weltgesellschaft? So berechtigt die Frage ist, so unbefriedigend sind die Antworten, die sich in Extrempositionen verrennen. Das eine Extrem setzt sich in Gegensatz zu weltgesellschaftlichen Realitäten, wenn es die Vereinten Nationen zum Nukleus einer institutionalisierten Weltgesellschaftsverfassung deklariert. Das andere Extrem flüchtet sich in fiktionale Welten, wenn es die Weltverfassung auf eine kollektive Imagination, auf einen Gründungsmythos, auf ein Narrativ ohne Nomos, reduziert. Realistisch und zugleich normativ anspruchsvoll dürfte dagegen die Position eines “Transkonstitutionalismus” sein, der sich – im deutlichen Unterschied allerdings zum gleichnamigen Konzept von *Neves*⁵¹ – aus vier Elementen zusammensetzt: (1) Eine einheitliche Weltverfassung bildet sich

⁵¹ *M. Neves* (Anm. 20).

in der Tat als “Meta-Verfassung” jenseits transnationaler Teilverfassungen heraus. (2) Diese normiert aber selbst keine substantiellen Verfassungsprinzipien, sondern beschränkt sich darauf, als *Kollisionsverfassung* Prinzipien und Regeln für die Konflikte zwischen den gesellschaftlichen Teilverfassungen zu normieren. (3) Wichtiger noch, die Meta-Verfassung konstituiert sich nicht hierarchisch in einer eigenständigen Institution, die als Drittinanz oberhalb der Teilverfassungen deren Konflikte löst, sondern heterarchisch in den Entscheidungen der Teilverfassungen selbst. (4) Diese realisieren sich entweder in Kooperations- und Verhandlungsaktivitäten der Teilverfassungen oder in Kollisionsnormen, welche die einzelnen Teilverfassungen selbst entwickeln. Der Ausdruck “Transkonstitutionalismus” trifft in seiner Doppelbedeutung recht genau auf diese Situation zu. Er transzendiert den Partikularismus der Teilverfassungen und geht zugleich, ohne eine neue institutionelle Ebene zu etablieren, gleichsam durch die Teilverfassungen hindurch.

Empirisch beobachten lassen sich diese Tendenzen zu einer Kollisionsverfassung im berühmt-berüchtigten “war of judges”, der als “judicial dialogue” des Europäischen Gerichtshofes mit den Verfassungsgerichten der Nationalstaaten die Konflikte zwischen nationalstaatlichen Verfassungen und der Verfassung der EU thematisiert.⁵² Die Kollisionsentscheidungen fallen stets nur in einem der beteiligten Gerichte. Aber sie reagieren aufeinander und nehmen in ähnlicher Weise wie im common law die Argumente der anderen Gerichte auf. Ähnliche Tendenzen finden sich in den Normkollisionen transnationaler Regimes, besonders deutlich am Fall der WTO, welche in der Rechtsprechung zu “free trade and ...” ein eigenständiges Kollisionsrecht entwickelt, das aus der eigenen Perspektive normative Anforderungen anderer Regimes in sich aufnimmt.⁵³

Historisch kann eine solche transnationale Meta-Verfassung an die erfolgreiche Tradition des Internationalen Privatrechts anknüpfen. In der parallelen Situation von kollidierenden nationalen Rechtsordnungen ohne Drittinanz haben die beteiligten Rechtsordnungen je für sich eine Fülle von Kollisionsnormen entwickelt. Das Potential des Internationalen Privatrechts für transnationale Verfassungskonflikte zu nützen und es für die neuartige historische Situation zu modifizieren, ist heute Gegenstand einer in-

⁵² G. Martinico, The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law, GLJ 16 (2015), 1343; M. Arden, Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe, Yearbook of European Law 29 (2010), 3.

⁵³ D. Cass (Anm. 10), 197.

tensiven Diskussion.⁵⁴ *Horatia Muir Watt* wendet sich gegen alle Versuche, transnationale Rechtsordnungen im Rekurs auf eine einheitliche Verfassung zu legitimieren, sondern setzt auf

“interactions themselves as the starting point from which to approach issues of legitimacy. This would mean renouncing to decide the legitimacy question – in other words to sift through concurrent claims *ex ante*, and dealing with it *ex post* and in relative terms. This idea seems perfectly in line with global law’s instable reflexivity. It suggests that the legitimacy question arises in different terms according to the type of claim – collaborative, confrontational, concurrent – that is being made in respect to other legal systems.”⁵⁵

Sie macht deutlich, dass eine transnationale Kollisionsverfassung die “heterarchischen” Methoden des internationalen Privatrechts – *renvoi*, preliminary questions and characterization *lege causae* – generalisieren und für transnationale Regimes respezifizieren muss. Ebenso geht es darum, die zwei gegenläufigen Grundprinzipien des Privatrechts auch für das Verhältnis zwischen transnationalen Verfassungen neu zu formulieren – wechselseitige Anerkennung und *ordre public*.

Das Prinzip des “full faith and credit or mutual recognition” bedeutet nicht nur, dass transnationale Verfassungen einander wechselseitig tolerieren, wie es das Prinzip der “constitutional tolerance” anordnet.⁵⁶ Die darüber hinausgehende Anforderung besteht darin, dass die Verfassungen das Prinzip der “constitutional responsiveness” realisieren und Sachnormen entwickeln, die in einem Kompromiss Anforderungen der konfligierenden Verfassungen kombinieren.⁵⁷

Ordre public national hingegen bezeichnet bekanntlich die Grenzen der Anerkennung einer fremden Rechtsordnung, die dann erreicht sind, wenn die Anwendung einer Norm der fremden Rechtsordnung fundamentale Normen des eigenen Rechts verletzen würde. Auf unseren Kontext weiter-

⁵⁴ *J. Bombhoff*, The Constitution of the Conflict of Law, in: H. M. Watt/R. Michaels (Hrsg.), *Private International Law as Global Governance*, 2015, 262; *R. Michaels/J. Pauwelyn*, Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law, in: T. Broude/Y. Shany (Hrsg.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, 2011, 19; *C. Joerges*, A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation, in: C. Joerges/J. Falke (Hrsg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, 2011, 465.

⁵⁵ *H. Muir Watt* (Anm. 31), 17 f.

⁵⁶ *M. Kumm*, Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe Has a Constitution Properly So Called, *Am. J. Comp. L.* 54 (2006), 505 (528 ff.).

⁵⁷ *L. Vielbeckner*, Responsiver Rechtspluralismus: Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts, *Der Staat* 51 (2012), 559.

geführt, bedeutet dies, dass unter solchen Umständen auch eine transnationale Verfassung einer anderen die Anerkennung verweigern müsste.

2. Variation VIII. Nomos und Narrativ

Im Unterschied zu dieser traditionellen Bedeutung des *ordre public* hat sich inzwischen jedoch der Rechtsbegriff des *ordre public transnational* etabliert, als Prinzip eines Kollisionsrechts, das auch im transnationalen Verfassungpluralismus anzuwenden ist.⁵⁸ Das Prinzip ist nicht wie der *ordre public national* darauf gerichtet, die Grundlagen der eigenen Rechtsordnungen vor fremden Intrusionen zu schützen. Der transnationale *ordre public* normiert den Bezug der Teilverfassungen auf die Gesamtgesellschaft. Das eigentümliche Prinzip daran ist, dass sich jede der beteiligten Verfassungen aus ihrer Perspektive einen *ordre public transnational* erarbeitet. Dann ist es die Aufgabe eines jeden transnationalen Regimes, zwei widersprüchliche Anforderungen miteinander zu kombinieren. Nicht nur ist, wie in der vorherigen Variation vorgeführt wurde, auf die autonome und dezentrale Reflexion der Teilverfassungen, auf ihre eigenständig formulierte Kompatibilisierung mit den konkurrierenden Normen der anderen Verfassungen hinzuwirken. Darüber hinaus muss sich jede der beteiligten Teilverfassungen aus ihrer eigenen Perspektive Prinzipien eines gesamtgesellschaftlichen *ordre public* transnational, also Prinzipien einer einheitlichen Meta-Verfassung, erarbeiten, an dem es die eigenen Normen misst.

An dieser Stelle werden zwei Motive, die in den *Sciulli*-Variationen anklingen, wieder aufgenommen und miteinander verbunden: die Einheit der Verfassung und zugleich die Fiktionalität dieser Einheit. Alle Teilverfassungen können die Einheit einer Meta-Verfassung in gemeinsamen Referenzpunkten und in einen notwendig abstrakten Sinnhorizont kontrafaktisch unterstellen, auf den sie sich bei ihrer Normproduktion beziehen. Die Unterstellung macht die Fiktionalität dieser Einheit deutlich. Denn es ist immer wieder zu betonen, dass es diesen gemeinsamen Sinnhorizont nicht "gibt", sondern dass er eine bloße Fiktion ist, die eine jede Teilverfassung aus ihrer Weltsicht produziert. Einen gemeinsamen Geltungskern der Meta-Verfassung kontrafaktisch zu unterstellen, ermöglicht es also, dass in unterschiedlichen Verfassungskontexten eine Referenz auf – je unterschiedliche –

⁵⁸ Dazu *M. Renner*, Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?, *J. Int. Arb.* 26 (2009), 533; *M. Renner* (Anm. 10), 88 ff.

Gemeinwohlformeln gepflegt wird, die sich in konkreten Normen niederschlägt.⁵⁹

Thomas Vesting kommt diesen Vorstellungen sehr nahe, wenn er das Verhältnis von Teilbereichsverfassungen und Gesamtverfassung so beschreibt, dass die fragmentierten Teilverfassungen normative Verbindlichkeit institutionell erzeugen, dass sie sich aber zugleich in ihrem Selbstbild an "Retrofektionen" binden, die den "Glauben an ihre Einheit", also an die imaginäre Einheit einer Gesamtverfassung, herstellen. In den von *Robert Cover* geprägten Kategorien formuliert er für diese Gesamtverfassung: "Die Verfassung verfügt über einen einzigen Nomos, aber dieser erzeugt stets verschiedene Narrative."⁶⁰ Damit erfasst er zu Recht das schwierige Verhältnis von institutionalisierten Teilverfassungen und fiktiver Meta-Verfassung und zwar gerade nicht als Zwei-Ebenen-Struktur, sondern als ihre wechselseitige Durchdringung auf einer einzigen Ebene – der Ebene der Teilverfassungen.

Doch sind daran zwei Korrekturen anzubringen. Zum einen darf die Einheitsfiktion nicht so verstanden werden, als ob die Meta-Verfassung selbst substantielle Verfassungsprinzipien enthielte. Die globale Meta-Verfassung beschränkt sich auf Verfahren und Prinzipien der Kollision, der Kooperation und der Konfrontation. Zum anderen wird die Einheitsfiktion nicht nur narrativ hergestellt, sondern durchaus in harten institutionellen Entscheidungspraktiken der Teilverfassungen, nämlich dann, wenn diese über die Kollisionen entscheiden. Man muss letztlich die Formel von *Cover* noch einmal anders fassen, nicht so, dass der eine Nomos den vielen Narrativen gegenübersteht, sondern dass sich sowohl in den Teilverfassungen als auch in der Kollisionsverfassung ein jeweils eigenständiges Verhältnis von Nomos und Narrativ entwickelt. Während der Nomos der Sektorialverfassungen die verschiedenen Narrative der substantiellen Teilnormativitäten her austreibt, bildet sich im Nomos der Kollisionsverfassung das Narrativ einer Integration durch Verfahren. Sowohl für die fiktionale Weltverfassung als auch für die realen Teilbereichsverfassungen gilt: "For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture."⁶¹

⁵⁹ Dazu näher *G. Teubner* (Anm. 41) 235 f., 240 ff.

⁶⁰ *T. Vesting* (Anm. 6), 100.

⁶¹ *R. M. Cover*, *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative*, *Harv. L. Rev.* 97 (1983), 4 (4).

3. Variation IX. Selbstsubversive Kommunikation

Zu Recht betont die Doppelformel des Nomos und Narrativs, dass jedes Sozialsystem eigene Selbstbeschreibungen entwickelt, die seine Verfassung kontextualisieren. Es sind Prozesse kognitiver und zugleich normativer Reflexion über die eigene Identität. Auch hier ist die Staatsverfassung das historische Vorbild. So wie politische Theorien zur empirischen Realität der Macht und zu den normativen Projekten der Politik in den Staatsverfassungen wirksam werden, so werden in anderen Sozialbereichen eigenständige Narrative formuliert, also Wirklichkeitsbeschreibungen und normative Entwürfe als Grundlagen ihrer Eigenverfassung.⁶²

Zum inneren Kern der Verfassung stößt man jedoch erst in einer letzten Variation des *Sciulli*-Themas vor, wenn man wie *Thornhill* die "Formalisierung des Kommunikationsmediums" als das ausschlaggebende Kriterium für Konstitutionalisierung identifiziert. Formalisierung eines Mediums – das bedeutet, dass nicht nur kognitive und normative Reflexionsprozesse eine Verfassung herstellen, sondern das besonders mediale Reflexionsprozesse dies tun. Denn Formalisierung wird nicht nur durch Herstellung von Rechtsformen erreicht, sondern wichtiger noch dadurch, dass ein selbstreferentielles Verhältnis hergestellt wird, also dass sich ein Kommunikationsmedium auf sich selbst anwendet. Form ist "entfaltete Selbstreferenz".⁶³ Reflexivität eines Mediums bedeutet, dass medienorientierte Operationen auf das Medium selbst angewendet werden. In der Politik heißt dies die Anwendung von Macht auf Macht (Gewaltenteilung, Grundrechte), im Recht die Anwendung von Rechtsnormen auf Rechtsnormen (Gesetzgebungsverfahren, Gerichtsverfassungsrecht) in der Wirtschaft die Anwendung monetärer Operationen auf monetäre Operationen (Maßnahmen der Zentralbank), in der Wissenschaft die Anwendung von epistemischen Operationen auf epistemische Operationen (Methodologie, Epistemologie, Wissenschaftstheorie).⁶⁴ Erst diese Art der Formalisierung erzeugt – zusammen mit den darauf bezogenen Rechtsnormen – Verfassungen (Staatsverfassung, Wirtschaftsverfassung, Wissenschaftsverfassung und andere gesellschaftliche Verfassungen).

Die Formalisierung hat konstitutive Wirkungen für den Aufbau von Verfassungsinstitutionen, zugleich aber auch – paradoxerweise – selbstbegren-

⁶² *M. Koskeniemi*, The Politics of International Law – 20 Years Later, *EJIL* 29 (2009), 7 (12 f.); *J. L. Dunoff*, A New Approach to Regime Interaction, in: *M. Young* (Hrsg.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, 2011, 136 (150 ff.).

⁶³ *N. Luhmann* (Anm. 23), 61.

⁶⁴ *N. Luhmann*, *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, 64.

zende, ja sogar selbstsubversive Wirkungen. Und auf diese paradoxen Wirkungen medialer Reflexivität kommt es heute an, besonders in der heutigen ökologischen Krise.⁶⁵ Denn wenn die expansiven Wirkungen von Macht, Geld, Technologien und Recht begrenzt werden sollen, dann spielt eine Besonderheit der medialen Reflexivität eine zentrale Rolle – ihre Fähigkeit zur Selbstsubversion.⁶⁶ Für Verfassungen ist dies eine ungewohnte Formulierung, gerade wenn man bedenkt, dass Verfassungen Stabilitätsgarantien für dauerhafte Institutionen in jedem gesellschaftlichen Bereich abgeben. Doch besteht gerade das Paradox von Verfassungen darin, dass sie ihre Selbsttranszendierung aktiv betreiben. Die orthodoxe Verfassungstheorie spielt freilich diese selbstsubversiven Tendenzen herunter. Die berühmten “*constitutional moments*” (Ackerman⁶⁷) sind Höhepunkte der Verfassungsgeschichte, in denen mediale Reflexivität eine interne selbstsubversive Dynamik auslöst. In konstitutionellen Momenten protestiert ein Sozialsystem gegen seine eigene Schließung. Und damit sind nicht nur Großereignisse wie die Französische Revolution oder die kopernikanische Wende gemeint, sondern auch viele weniger spektakuläre Umbrüche in den Staats- und Gesellschaftsverfassungen.⁶⁸

Die paradoxe Wirkung medialer Reflexivität ist eine der wichtigsten Botschaften der Verfassungssoziologie. Diese kritisiert die gerade auch in transnationalen Beziehungen immer stärker werdende Tendenz, die politische ebenso wie die gesellschaftliche Konstitutionalisierung allein dem Recht zu überlassen und demgegenüber die Anteile gesellschaftlicher Prozesse zu marginalisieren. Empirische Untersuchungen aktueller transnationaler Konstitutionalisierungsprozesse kommen zu dem Schluss, dass deren Hauptakteure immer weniger soziale Kollektivakteure, sondern Rechtsinstanzen sind: Verfassungsgerichte, nationale Gerichte, internationale Gerichte, transnationale Schiedsgerichte. Demgegenüber träten die klassischen *pouvoirs constituants*, also soziale Revolutionen, politische Umbrüche, verfassungsgebende Versammlungen in den Hintergrund, ja spielten im Grunde

⁶⁵ N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, 1986.

⁶⁶ G. Teubner, *Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?* Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), 9.

⁶⁷ B. A. Ackerman, *We the People: Transformations*, 2000.

⁶⁸ Zu zahlreichen Aspekten solcher Umbrüche in der Wirtschaftsverfassung nach der jüngsten Finanzkrise siehe die Beiträge in P. F. Kjaer/G. Teubner/A. Febraro (Hrsg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, 2011; P. Guibentif (Anm. 6), 292 betont die Notwendigkeit, konstitutionelle Selbstsubversion nicht nur in den Verfassungen der großen Funktionssystemen zu thematisieren, sondern angesichts pathologischer Entwicklungen gerade auch in den Organisationsverfassungen von Wirtschaftsunternehmen und anderen gesellschaftlichen Großorganisationen.

(fast) keine Rolle mehr. Zugespitzt lautet die These: From demos to rights. Der pouvoir constituant wandelt sich von externen politischen Prozessen in interne Rechtsprozesse.⁶⁹

Doch ist dies eine problematische Tendenz. Die konstitutiven und die limitativen Leistungen von Verfassungen werden nicht primär von Rechtsnormen erbracht, sondern von der Reflexivität der sozialen Kommunikationsmedien. Das Recht wird hier nur subsidiär wirksam, indem es diese Reflexivität abstützt und im besten Falle sie erzwingt.⁷⁰ Sein Beitrag ist es, die eigentlich entscheidende mediale Reflexivität innerhalb unterschiedlicher Sozialbereiche zu institutionalisieren, indem es Prozeduren der Selbstbegrenzung vorschreibt und soziale Normen als rechtliche Verfassungsnormen rekonstruiert. Auf dem Weg zur Weltgesellschaft übernimmt das Recht – wie *Luhmann* hellsichtig formuliert hat – die verfassungspolitische Funktion, die mediale Reflexivität der Sozialsysteme abzustützen, wenn es der Einsicht folgt,

“ ... dass auf der Ebene der sich konsolidierende Weltgesellschaft nicht mehr Normen (in der Gestalt von Werten, Vorschriften, Zwecken) die Vorauswahl des zu Erkennenden steuern, sondern dass umgekehrt das Problem lernender Anpassung den strukturellen Primat gewinnt und die strukturellen Bedingungen der Lernfähigkeit aller Teilsysteme in Normierungen abgestützt werden müssen.”⁷¹

Auch die Politik und die sozialen Bewegungen, die mit Hilfe der Konstitutionalisierung expansive Tendenzen in der Wirtschaft, der Technologie, der Medizin oder der neuen Informationsmedien zu begrenzen suchen, müssen sich auf diese Lage einstellen. Durch externe Interventionen werden sie die gesuchte Begrenzung nicht erzeugen können – wohl aber durch den heilsamen Zwang zur Selbstsubversion.

⁶⁹ C. Thornhill, A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions, *Ind. J. Global Legal Stud.* 20 (2013), 551 (554 f.).

⁷⁰ C. Menke (Anm. 8), 329.

⁷¹ N. Luhmann, Die Weltgesellschaft, in: N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung Band 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, 1975, 51 (63).

